

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence

De Streel, Alexandre

Published in:

Liber Amicorum Michel Coipel

Publication date:

2004

Document Version

Version revue par les pairs

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Streel, A 2004, La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence. Dans Y Poullet, P Wéry & P Wynants (eds), *Liber Amicorum Michel Coipel*. Kluwer, Bruxelles, p. 251-275.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence

Alexandre DE STREEL

Chercheur à l'Institut Universitaire européen à Florence,
collaborateur scientifique aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur¹

1. Objet, plan et limite de l'étude

Michel Coipel m'a beaucoup appris. Outre les nombreuses qualités humaines dont il a montré l'exemple, il m'a instillé l'enthousiasme pour l'étude du droit et donné les outils pour en saisir et apprécier l'évolution. Comme à des générations d'étudiants, il m'a fait comprendre le caractère dialectique de l'évolution de la pensée juridique² et l'importance de lier le droit aux autres sciences sociales telles la sociologie ou l'économie (ce qu'il est désormais convenu d'appeler dans les cercles 'branchés' l'approche du *law in context*). Pour rendre hommage à ce double enseignement, ma contribution étudie le traitement juridique du refus de contracter³, principalement au regard du droit de la concurrence. Cette question est une bonne illustration d'un droit tentant de concilier des valeurs contradictoires et soumis à une influence croissante de l'analyse économique.

Après cette introduction, la deuxième section rappelle brièvement le principe de la liberté contractuelle et ses fondements théoriques. La troisième section étudie la première exception à la liberté contractuelle qui découle du droit de la concurrence, entendu au sens strict du droit antitrust. La quatrième section étudie les autres exceptions à la liberté contractuelle et leurs rapports avec le droit de la concurrence : droit des obligations, offre permanente et droit de la régulation des industries en réseaux et lois sur les prix. Enfin, je terminerai par une brève conclusion.

Le refus de contracter s'entend comme la pratique d'une ou plusieurs entreprises qui refusent de conclure un contrat avec une autre entreprise ou un

1. Merci à E. VEGIS pour ses commentaires pertinents.

2. Sur cette approche, voy. *En hommage à Claude Renard : Textes choisis*, Faculté de droit de Liège, 1980, p. 281.

3. Le refus de contracter a déjà fait l'objet de plusieurs études en droit belge, voy. notamment : J.F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 440, et 1995, p. 7 ; J. STUYCK et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Weigering van verkoop en van levering », *R.D.C.*, 1984, p. 324 ; J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, « Verkoopsweigering en eerlijke handelsgebruiken », *R.D.C.*, 1995, p. 788 ; L. VAN BUNNEN, « Le traitement jurisprudentiel du refus de vendre. État de la question », obs. sous Cass., 24 sept. 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 10.

utilisateur final solvable et prêt à accepter les conditions contractuelles formulées⁴. Cette contribution se limite à l'étude du refus de contracter en l'absence de toute relation pré-contractuelle ou contractuelle entre sujets de droits. À la suite de J.F. Romain⁵, on peut distinguer deux autres hypothèses qui ne seront pas abordées ici : refus en cas de relations pré-contractuelles préliminaires (pour-parlers) ou avancées (offre), ou en cas de relations contractuelles. Dans ces hypothèses, le refus est principalement analysé au regard de la responsabilité pré-contractuelle et contractuelle, et particulièrement du principe de la bonne foi⁶.

2. La liberté contractuelle : principe et fondements

Comme la plupart des ordres juridiques qui respectent le principe du système d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre⁷, le droit belge consacre le principe de la liberté contractuelle et le droit de contracter ou de ne pas contracter. Ainsi, dans un arrêt de 1991⁸, la Cour suprême casse deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait condamné un refus de vendre et note que : « *la liberté de toute personne de conclure des conventions à son gré (...) que celui à qui on fait une offre et qui ne souhaite pas l'accepter ne doit pas faire connaître les raisons de son refus* ». Toutefois comme toute liberté, elle n'est pas sans limites comme l'énonce un autre arrêt de la Cour de cassation de 1985⁹ : « *la libre concurrence ne constitue pas un droit absolu mais est limitée par l'existence de droits égaux dans le chef d'autrui* ». Dès lors qu'un principe connaît des exceptions, il convient de déterminer son fondement pour pouvoir mieux comprendre et délimiter ces exceptions.

Selon la doctrine majoritaire, la liberté contractuelle est basée sur deux fondements complémentaires¹⁰. D'une part, le principe de la liberté de

4. Pour une formulation semblable : L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, note 2, p. 10, n° 1.

5. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, p. 441.

6. Voy. notamment D. PHILIPPE, « La bonne foi dans la formation des contrats : Rapport belge », in *La Bonne Foi – Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 1992, p. 61 ; M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « La bonne foi dans la formation des contrats : Rapport général », in *La Bonne Foi – Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 1992, p. 25 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 881.

7. Selon l'expression de l'article 4, §1 CE.

8. Cass., 13 sept. 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 33.

9. Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1394.

10. En ce sens, J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, pp. 441 à 449 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 154, n° 64 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial belge*, t. I, 2^e éd., Bruylant 1976, p. 159, et t. III, 2^e éd., Bruylant 1981, p. 18, n° 12.

commerce, consacré par l'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, qui implique la liberté dans ses opérations commerciales et notamment la conclusion des contrats¹¹. D'autre part le principe de l'autonomie de la volonté, implicitement consacré par les articles 6 et 1134 du Code civil, qui postule la liberté de choisir ses cocontractants. Comme le souligne De Page¹², ces fondements sont basés sur un jugement de valeur qui était en vigueur lors de la rédaction du Code civil et sont l'une des manifestations les plus marquantes, tant du point de vue économique que du point de vue juridique, du système individualiste et libéral qui marqua la période qui suivit la révolution française.

Toutefois, ce double fondement me paraît mettre trop l'accent sur la liberté et ne pas refléter le nouveau paradigme qui sous-tend l'ensemble du droit des contrats¹³. De Page soulignait déjà que tout régime contractuel est basé sur un jugement de valeur qui est essentiellement relatif en ce qu'il est lié à une époque, un état de mœurs et des conditions économiques et morales déterminées. La société a changé depuis la Révolution française et le paradigme contractuel doit donc s'y adapter. Ainsi, M. Coipel justifie aujourd'hui la force obligatoire du contrat par les deux grandes valeurs qui l'habitent : l'utile et le juste. Le contrat est utile car il favorise le progrès économique et social, mais il n'est obligatoire que s'il est juste, ce qui suppose notamment que l'échange ne soit pas disproportionné et que les plus faibles soient protégés¹⁴. De manière similaire, je pense que la liberté contractuelle trouve sa justification dans un essai de conciliation entre l'utile et le juste. Chacun peut choisir son cocontractant *parce que* et *dans la mesure où* ce choix est utile (dans le sens où il favorise l'efficacité) et juste (dans le sens où il respecte l'équité). Corrélativement, la liberté contractuelle peut être limitée si elle mène à l'inefficacité ou à l'iniquité. Sur base de ce fondement théorique, on peut alors se tourner vers les limites à la liberté contractuelle qui tiennent du droit de la concurrence, au droit des obligations et à des législations plus spécifiques.

11. En ce sens l'arrêt de la Cour de cassation du 13 sept. 1991 déjà cité.

12. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruylant, 1964, pp. 436 à 451, n^{os} 462 à 463ter.

13. Sur ce nouveau paradigme : J.F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portées et limites) : Réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 43.

14. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Kluwer, 1999, p. 28. Coipel suit ainsi l'approche de J. GHESTIN, *Traité de droit civil : Le contrat : formation*, 2^e éd., L.G.D.J., 1988, p. 178. Cette approche a recueilli un large assentiment au sein de la doctrine privatiste contemporaine : J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 12, p. 47 ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, note 5, p. 882.

3. Une première exception à la liberté contractuelle : le droit de la concurrence

3.1. Le droit de la concurrence au niveau européen

La jurisprudence européenne en matière de refus de vente est abondante tant sur pied de l'article 81 CE (interdiction d'accords et pratiques concertées anti-concurrentiels) que de l'article 82 CE (interdiction des abus de position dominante). Pour en dégager les principes généraux, on peut catégoriser les différents cas selon un critère relatif aux conditions du refus¹⁵ ; (1) il y a *refus de vente pur et simple* lorsque qu'une entreprise refuse de contracter bien qu'elle n'ait jamais auparavant contracté avec personne ; (2) il y a *retrait de vente* lorsqu'une entreprise refuse de contracter avec un cocontractant avec qui elle avait accepté de contracter dans le passé ; (3) il y a le *refus de vente discriminatoire* lorsqu'une entreprise refuse de contracter avec un sujet de droit alors qu'elle accepte de contracter avec d'autres sujets de droit qui sont dans les mêmes conditions.

En matière de refus pur et simple, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *Bonner*¹⁶ que deux conditions doivent être remplies pour que le refus soit abusif. Ces conditions sont fort restrictives car le droit antitrust protège la concurrence et non les concurrents, et partant un refus n'est considéré comme abusif que si l'entreprise dominante dispose d'une véritable mainmise sur les marchés apparentés¹⁷. (1) La ressource à laquelle l'accès est demandé doit être essentielle pour accéder à un marché lié¹⁸. C'est ainsi que les cas de refus pur et simple ont été regroupés au sein de *la doctrine dite des ressources essentielles*¹⁹. Cela implique

15. Voy. une distinction similaire dans la Communication de la Commission du 31 mars 1998 relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, C 265 du 22 août 1998, p. 2, point 84.

16. C.J.C.E., 26 nov. 1998, *Bronner c. MediaPrint*, C-7/97, *Rec.*, I-7791, sp. points 41-45-46 et les remarquables conclusions de l'avocat général JACOBS. Voy. aussi : T.P.I.C.E., 15 sept. 1998, *European Night Services (ENS) et autres c. Commission*, aff. jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141, sp. points 209 à 221.

17. Conclusions de l'avocat général JACOBS citées en note 15, point 65. Comp. avec la définition de la dominance qui est une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement, des consommateurs (C.J.C.E., 14 fév. 1978, *United Brands c. Commission*, 27/76, *Rec.*, p. 207, point 65).

18. Par exemple, une entreprise de télécom comme Belgacom qui contrôle le réseau et offre des services de téléphonie peut vouloir refuser l'accès de son réseau à tout nouvel entrant voulant offrir des services de téléphonie.

19. B. DOHERTY, « Just what are essential facilities ? », *Comm. Market Law Rev.* 38, 2001, p. 397 ; D. RIDYARD, « Essential Facilities and the Obligations to Supply Competitors under UK and EC Competition Law », *Eur. Comp. Law Rev.*, 1996, p. 438 ; J. TEMPLE LANG, « Defining Legitimate Competition : Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities », in B. HAWK (ed), *Fordham Corporate Law Institute*, 1995, p. 245 ; J. TEMPLE LANG, « The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner », *Jour. of Network Industries* 1, 2000, p. 375.

deux exigences cumulatives. D'une part, il ne peut exister aucun substitut réel à l'infrastructure : il n'y pas d'alternative existante, fût-elle même moins favorable, pour pénétrer le marché lié. D'autre part, il ne peut y avoir de substitut potentiel : il n'est pas possible de construire une nouvelle infrastructure dans des conditions raisonnables. Cette impossibilité peut être due à des raisons techniques, financières ou d'intérêt général comme la protection de l'environnement et elle peut évoluer avec le temps. En particulier pour évaluer s'il est économiquement raisonnable d'établir une nouvelle installation, le juge ne peut se baser sur les caractéristiques propres du demandeur d'accès mais il doit le faire sur base de celles d'une entreprise abstraite et fictive ayant les mêmes parts de marché sur le marché lié que le détenteur de la facilité. En pratique, cette condition revient à exiger que la ressource présente les caractéristiques d'un monopole naturel²⁰. (2) Le refus d'accès ne peut être objectivement justifié. Ce deuxième aspect n'a pas été fort développé par la Cour de justice, mais la doctrine²¹ s'accorde à accepter comme justification le fait que le demandeur d'accès ne présente pas assez de sécurité financière, qu'il n'est pas capable d'utiliser la ressource d'une manière technique appropriée ou encore que la ressource est déjà utilisée à pleine capacité. En l'espèce, la Cour a jugé qu'un important éditeur de journaux autrichien pouvait refuser l'accès à son système de portage à domicile à un autre éditeur de plus petite taille car il existait des substituts au système de portage.

En outre, lorsque la ressource demandée est protégée par un droit de propriété intellectuelle, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *IMS Health*²². qu'une condition supplémentaire devait être établie pour que le refus soit abusif : l'entreprise qui a demandé la licence doit offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. En l'espèce, la Cour a jugé qu'une entreprise de traitement de données pharmaceutiques ne devait pas donner l'accès à sa structure de collecte de données protégée par un droit d'auteur à un concurrent de plus petite taille qui comptait offrir les mêmes services de traitement de données.

20. M.A. BERGMAN, « The Bronner Case-A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine ? », *Eur. Comp. Law Rev.*, 2000, p. 61 ; *contra* B. DOHERTY, *op. cit.*, note 18, p. 424.

21. R. WHISH, *Competition Law*, 5e éd, Butterworths, p. 677 ; B. DOHERTY, *op. cit.*, note 17, p. 430.

22. C.J.C.E., 29 avr. 2004, *NDC c. IMS Health*, C-481/01, non encore publié au Recueil, sp. point 52. Voy. aussi : C.J.C.E., 5 oct. 1988, *Volvo c. Veng*, 238/87, *Rec.*, p. 6211, sp. points 8-9 ; C.J.C.E., 5 oct. 1988, *CICRA et Maxicar c. Renault*, 53/87, *Rec.*, p. 6039 ; C.J.C.E., 6 avril 1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications (ITP) c. Commission*, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, *Rec.*, p. I-743, sp. points 50-56. Sur l'application de la doctrine des ressources essentielles aux droits de propriété intellectuelle, voy. I.S. FORRESTER, « EC Competition Law as a limitation on the use of IP rights in Europe : Is there reason to panic ? », in C.D. EHLERMANN et I. ATANASIU (eds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Hart, 2004 ; V. KORAH, « The interface between intellectual property and antitrust : the European experience », *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 801.

En matière de refus pur et simple par un couplage de produits, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *Tetra Pak II*²³, qu'une entreprise dominante ne peut lier la vente de deux produits, même si le couplage des deux produits est conforme aux pratiques commerciales, s'il n'était pas objectivement justifié. En l'espèce, la Cour a jugé que la société Tetra Pak ne pouvait lier la vente de ses machines pour conditionner des liquides alimentaires avec les cartons utilisés pour ce conditionnement.

En matière de retrait de vente, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *Commercial Solvents*²⁴ que le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante d'une façon abusive. En l'espèce, la Cour a confirmé une décision de la Commission condamnant un grand groupe chimique qui produisait des matières premières utilisées pour la fabrication d'un médicament contre la tuberculose et qui avait cessé de les fournir à une petite entreprise pharmaceutique car le groupe avait décidé de produire lui-même les médicaments. Dans cette affaire, la Cour de Luxembourg ne semble pas avoir imposé le standard du monopole naturel comme elle l'a fait dans *Bonner*. Cela pourrait s'expliquer par le fait que la Cour souhaiterait traiter différemment le refus pur et simple et le retrait car l'élimination d'un concurrent existant heurte plus le sens de la justice que celle d'un concurrent potentiel. Toutefois, je pense que cela s'explique plutôt par le fait que durant ces dernières années, la Cour a renforcé son analyse économique, partant le cas *Commercial Solvents* serait peut-être décidé différemment s'il était jugé aujourd'hui²⁵.

Enfin en matière de refus de vente discriminatoire, la majorité des cas concerne des réseaux de distribution exclusive ou sélective sur pied de l'article 81 CE. Dans le passé, la Cour²⁶ suivait une approche plus économique que la

23. C.J.C.E., 14 nov. 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94P, *Rec.*, p. I-5951. Voy. aussi C.J.C.E., 31 mai 1979, *Hugin c. Commission*, 22/78, *Rec.*, p. 1869.

24. C.J.C.E., 6 mars 1974, *ICI et Commercial Solvents c. Commission*, aff. jointes 6 et 7/73, *Rec.*, p. 223, sp. point 25. Dans le même sens : C.J.C.E., 3 oct. 1985, *Centre Belge d'Etudes de Marchés-télémarketing (CBEM) c. CLT*, 311/84, *Rec.*, p. 3261 ; C.J.C.E., 13 déc. 1991, *RTT c. GIB*, 18/88, *Rec.*, p. I-5941, sp. point 18.

25. Selon C. ESTEVA MOSSO et S. RYAN (« Article 82 », in J. FAULL et A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, p. 152, n° 3.145), le refus pur et simple et le retrait de vente sont traités de manière équivalente au regard de l'article 82 CE car ils ont le même effet sur la concurrence. Toutefois, un retrait est normalement plus difficile à justifier objectivement qu'un refus pur et simple. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général JACOBS, *op. cit.*, note 15, point 59.

26. Pour les réseaux de distribution exclusive : C.J.C.E., 30 juin 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, 56/65, *Rec.*, p. 235 ; C.J.C.E., 13 juill. 1966, *Consten et Grunding c. Commission*, aff. jointes 56/64 et 58/64, *Rec.*, p. 299. Pour les réseaux de distribution sélective : C.J.C.E., 25 oct. 1977, *Metro I*, 26/76, *Rec.*, p. 1875 ; C.J.C.E., 16 juin 1981, *Salonia*, 126/80, *Rec.*, p. 1563 ; C.J.C.E., 25 oct. 1983, *AEG-Telefunken c. Commission*, 107/82, *Rec.*, 1983,



Commission qui avait une approche trop formaliste²⁷. Néanmoins, depuis son Livre Vert de 1996 sur les restrictions verticales qui mena à un nouveau règlement d'exemption et à des lignes directrices en 1999²⁸, la Commission s'est résolument tournée vers un raisonnement économique et adopte une politique plus souple en faveur des réseaux de distribution exclusive et sélective. En pratique, si un producteur n'a pas plus de 30% de parts de marché, il peut mettre sur pied tout réseau de distribution exclusif ou sélectif, à moins qu'il ne contienne un certain nombre de clauses interdites qui sont particulièrement dangereuses pour la mise en place du marché intérieur (comme la fixation des prix de vente)²⁹. Si les parts de marché sont supérieures à 30%, l'accord est autorisé s'il n'est pas anti-concurrentiel selon l'analyse économique. Par exemple, un réseau de distribution sélective est permis si la nature particulière du produit requiert un tel système (produits de luxe, ...) et si les revendeurs sont choisis sur base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires de caractère qualitatif³⁰.

On le voit, la jurisprudence européenne pose des conditions de plus en plus restrictives pour condamner les trois types de refus de vente analysés et se rapprochent ainsi des enseignements des juristes américains³¹ et des économistes³². En matière de refus pur et simple et de retrait de vente d'une entreprise intégrée verticalement ou horizontalement, on oppose généralement trois argu-

-
- p. 3151 ; T.P.I.C.E., 27 fév. 1992, *Vichy c. Commission*, T-19/91, *Rec.*, p. II-415 ; T.P.I.C.E., 12 déc. 1996, *Édouard Leclerc c. Commission*, T-88/92, *Rec.*, p. II-1961.
27. B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *Comm. Market Law Rev.* 32, 1995, p. 973 ; V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law*, 7^e éd., Hart, 2000, p. 347.
28. Livre Vert sur les restrictions verticales, COM(96) 721 ; Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, §3 du traité à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées, *J.O.C.E.*, L 336 du 29 déc. 1999, p. 21 et la Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.C.E.*, L 291 du 13 oct. 2000, p. 1. V. KORAH and D. O'SULLIVAN, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Hart, 2002.
29. Règlement sur les restrictions verticales, *op. cit.*, note 28, articles 2 à 5.
30. Voy. l'arrêt *Metro I*, cité en note 26 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, note 27, point 185.
31. Ph. AREEDA, « Essential Facilities : An epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Jour.* 58, 1990, p. 841 ; Ph. AREEDA et H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, vol. 3A, 2nd éd., Aspen Publishers, 2002, n° 787 ; A.B. LIPSKY et J.G. SIDAK, « Essential Facilities », *Stanford Law Rev.* 51, p. 1187 ; G.J. WERDEN, « The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine », *Saint Louis University Law Jour.*, 1987, p. 433.
32. M. MOTTA, *Competition Policy : Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004 ; S.C. SALOP, « Vertical Mergers and Monopoly Leverage », in P. NEWMAN (ed), *The New Palgrave Dictionary on Economics and the Law*, 1999, p. 669 ; P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, « The Activities of a Monopoly Firm in Adjacent Competitive Markets : Economic Consequences and Implications for Competition Policy », *Miméo*, Université de Toulouse, 2001 ; P. REY et J. TIROLE, « A Primer on Foreclosure », in M. ARMSTRONG et R. PORTER (eds), *Handbook of Industrial Organization*, v. III, North-Holland, à paraître. Un courant d'écono-

→

ments d'efficacité contre l'imposition d'une obligation de contracter. Premièrement, la majorité des cas d'intégration verticale ou de couplage de produits ne sont pas anti-concurrentiels. En effet, une entreprise dominante ne peut récolter qu'une seule rente de monopole et elle n'a en général pas besoin d'exclure un concurrent sur un marché lié pour s'en emparer. Ainsi, la plupart des refus de vendre s'expliquent par des raisons d'efficacité et ce n'est que dans certaines hypothèses rares qu'un refus de vendre est anti-concurrentiel. Deuxièmement, toute obligation de contracter risque de diminuer les incitants à l'investissement tant des entreprises qui doivent donner l'accès (pourquoi investir s'il faut ensuite partager sa ressource avec ses concurrents ?) que de celles qui en bénéficient (pourquoi prendre le risque d'investir dans une infrastructure si on peut demander au juge l'accès à celle de son concurrent ?). Ainsi, en imposant une obligation de contracter, le juge risque de sacrifier la concurrence à long terme sur l'autel de la concurrence à court terme. Troisièmement, même si le refus est anti-concurrentiel, l'autorité administrative ou le juge appliquant le droit antitrust est mal équipé pour remédier à ce problème. En effet, il doit non seulement imposer une obligation d'accès mais aussi en déterminer le prix, ce qui est particulièrement difficile si la ressource n'a jamais été mise sur le marché. En matière de refus discriminatoire dans le cadre de réseaux de distribution exclusive et sélection, l'analyse économique montre que les effets pro-concurrentiels³³ (comme par exemple la lutte contre le parasitisme, la protection des investissements ou le maintien des normes de qualités) contre-balaçent souvent les prétendus effets anti-concurrentiels (comme l'exclusion de certains distributeurs).

En résumé, on serait dans une phase de transition d'un droit de la concurrence protégeant la liberté économique des entreprises³⁴ vers un droit antitrust protégeant l'efficacité³⁵. Désormais, il ne suffit plus de montrer qu'une pratique heurte ou même exclut un concurrent du marché pour la condamner. Il faut aussi prouver qu'elle porte atteinte à l'efficacité économique. C'est le cas lorsque l'exclusion d'un concurrent ne résulte pas du jeu normal de la concurrence mais

→ mistes plus extrêmes, associé à l'université de Chicago, avait même considéré que les refus de contracter et l'intégration verticale n'étaient jamais anti-compétitifs. Les juristes de cette mouvance en avaient presque déduit que le refus de contracter dans ce cas devait être *per se* légal : R. BORK, *The Antitrust Paradox*, Free Press, 1978 (ré-édité en 1993), p. 346 ; R. POSNER, *Antitrust Law*, 1^e ed, University of Chicago Press, 1976.

33. Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, note 28, points 115 à 118.

34. Sur cette conception, voy. G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart, 1997 ; et sur l'évolution de la conception du droit européen de la concurrence : D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Clarendon Press, 1998.

35. Sur cette conception, voy. R. BORK, *op. cit.*, note 32 ; E. FOX, « You protect competitors, we protect competition », *World Competition* 26, 2003, p. 149 ; MOTTA, *op. cit.*, note 32.

est basée sur des pratiques dites anti-concurrentielles³⁶. Cette évolution implique une utilisation accrue de la science économique³⁷ (principalement l'économie industrielle et l'économétrie) puisque c'est le rôle de cette science de déterminer la manière d'atteindre une allocation optimale des ressources et de repérer les pratiques anti-concurrentielles. Cette transition encore inachevée me semble devoir être approuvée car, d'une part, elle introduit plus de rigueur dans le raisonnement de l'antitrust, et, d'autre part, elle concentre l'intervention publique antitrust sur un objectif bien défini, ce qui est souhaitable au vu de la théorie des distorsions dans les politiques publiques³⁸.

À son tour, le recours à la science économique mène à une approche plus souple (i.e. moins de condamnations) au regard des refus de vendre car les économistes ont montré qu'un refus de vente était souvent justifié et que l'impression d'une diminution de l'efficacité suite à l'exclusion d'une entreprise n'était souvent pas fondée. Ainsi, se dessinerait de manière de plus en plus rigoureuse une limite à la liberté contractuelle qui tiendrait à son premier fondement lié à l'efficacité : la liberté n'est plus admise lorsque, selon les enseignements de l'analyse économique, elle mène à l'inefficacité.

36. Notez qu'une pratique anti-concurrentielle est rationnelle, i.e. dans l'intérêt de l'entreprise qui la commet. Mais comme elle n'est pas dans l'intérêt de la société en général, elle justifie une intervention publique l'interdisant. En d'autres termes, une intervention publique se justifie lorsque l'hypothèse de la coïncidence des intérêts privés et de l'intérêt public d'Adam Smith n'est plus vérifiée suite aux caractéristiques particulières du marché.

37. Communication de la Commission du 20 avril 2004, Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive, COM(2004) 293, p. 8 qui note que « l'analyse économique est un élément clé parce que la politique de concurrence influe sur les décisions économiques fondamentales en matières d'investissement, de concentrations et de prix, et donc sur la performance économique. Elle met résolument l'accent sur les effets économiques du comportement des entreprises ou des mesures prises par les Etats. Elle permet plus généralement de déterminer les circonstances dans lesquelles des caractéristiques telles que les profits élevés et une part de marché substantielle sont l'indice d'un pouvoir de marché ». Voy. aussi J. STUYCK, « Le droit de la concurrence : Réalisme économique, subsidiarité et intérêt général dans l'évolution du droit de la concurrence », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (eds), *Une Constitution pour l'Europe : Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 305. La multiplication des ouvrages européens traitant de l'analyse économique dans la politique de concurrence témoigne également de cette tendance : S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 2^e éd, Sweet & Maxwell, 2003 ; D. HILDEBRAND, *The Role of Economics in the EC Competition Rules*, 2^e éd, Kluwer, 2002 ; M. MOTTA, *op. cit.*, note 31 ; R.J. VAN DEN BERGH et P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, Intersentia, 2001.

38. L'idée est que chaque instrument d'intervention économique se concentre et poursuive un seul objectif. Elle fut développée initialement par Jan Tinbergen, premier prix Nobel d'économie (voy. notamment J. TINBERGEN, *Economic policy : Principles and design*, North-Holland, 1978). Voy. aussi J. BHAGWATI, « The Generalized Theory of Distortions and Welfare », in J. BHAGWATI et al. (eds), *Trade, Balance of payments and Growth : Papers in Honor of Charles P. Kindleberger*, North-Holland, 1971, p. 69 ; et T.N. SRINIVASAN, « The Generalized Theory of Distortions and Welfare Two Decades Later », in R.C. FEENSTRA et al. (eds), *The Political Economy of Trade Policy : Papers in Honor of Jagdish Bhagwati*, MIT Press, 1996, p. 3.

3.2. Le droit de la concurrence au niveau belge

Le droit antitrust au niveau belge est appliqué par les articles 81 et 82 CE qui ont un effet direct³⁹ et par les articles 2 et 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique (LPCE)⁴⁰ qui sont inspirés du Traité CE. Dès lors, la lutte contre les refus de vente anti-concurrentiels devrait suivre l'approche européenne. Certains cas ont été jugé directement sur base de la LPCE, particulièrement dans le secteur audiovisuel pour les relations entre les producteurs de programmes et les cablo-distributeurs⁴¹. Toutefois en pratique, la grande majorité des refus de vente⁴² n'a pas été attaquée au Conseil de la concurrence ou devant les juges du fond directement sur base du Traité CE ou de la LPCE, mais devant le juge des cessations sur pied de l'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce et de la protection du consommateur (LPCC)⁴³. Depuis que la Cour de cassation a considéré que toute violation d'une disposition légale est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale⁴⁴, il est désormais acquis que chaque pratique anti-concurrentielle interdite par la LPCE viole également la LPCC. Et les plaideurs préfèrent recourir à la LPCC car ils disposent de la redoutable action en cessation.

39. C.J.C.E., 30 janv. 1974, *BRT c. SABAM I*, 127/73, *Rec.*, p. 51.

40. Lois coordonnées par l'Arrêté royal du 1^{er} juillet 1999 (*M.B.*, 1^{er} sept. 1999) portant coordination des lois du 5 août 1991 et 26 avril 1999 sur la protection de la concurrence économique. Sur cette loi : P. DE VROEDE (ed), *Protection de la concurrence économique*, La Chartre, 1993 ; P. DE VROEDE, *De wet tot bescherming van de economische mededinging*, Mys & Breesch, 1997 ; J. STUYCK et P. WYTINCK (eds), *De hervormde Belgische mededingingswet*, Kluwer, 2000 ; J. STUYCK et P. WYTINCK (eds), *De Belgische mededingingswet Anno 2003*, Kluwer, 2003 ; D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Kluwer, 1994.

41. Ainsi, le refus de certains câblo-distributeurs de mettre Canal + sur le câble a été jugé contraire à l'article 3 LPCE : Bruxelles (réf.), 21 janv. 1999, *Auteurs & Médias*, 1999, p. 259. Toutefois, dans des circonstances similaires, le refus de certains distributeurs de mettre TF1 ou Eurosport sur le câble n'a pas été jugé contraire à la LPCE : Bruxelles, 19 nov. 1997, *Auteurs & Médias*, 1997, p. 364 ; Bruxelles (réf.), 29 mars 1996, *Auteurs & Médias*, 1996, p. 436. Voy. aussi : Conseil de la concurrence, 4 sept. 1995, *Auteurs & Média*, 1996, p. 47. Également décidé sur base de la LPCE dans le domaine de l'électricité : Comm. Bruxelles (réf.), 12 fev. 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1146.

42. Et plus généralement de tous les comportements anti-concurrentiels.

43. Sur cette loi : A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, Larcier ; F. DE PATOUL, L. VAN DE KERCHOVE et Z. PLETINCKX, « Les pratiques de commerce », in *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 84bis, Kluwer, 2003 ; J. STUYCK et P. WYTINCK (eds), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992 ; J. STUYCK, *Beginselen van Belgische Privaatrecht*, t. XII 2A : *Handelspraktijken*, 2^e éd, Story Scientia, 2004.

44. Cass., 2 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1081 ; et Cass., 31 janv. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 481. Voy. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruylant, 2000, pp. 130 à 140 et les références citées. Sur la notion d'usages honnêtes en matière commerciale, voy : P. DE VROEDE, « La notion d'usages honnêtes en matière commerciale », *R.C.J.B.*, 1982, p. 65 ; A. PUTTEMANS, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », *R.C.J.B.*, 1999, p. 29 ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 141.

Ainsi en matière de refus de vente pur et simple, dans l'affaire *Isopress*, le Président du tribunal de commerce de Bruxelles⁴⁵ a considéré qu'une agence de presse avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en refusant de communiquer à des agences de presse photographiques concurrentes les informations relatives aux événements futurs et ayant pour conséquence de les éliminer du marché. La même juridiction a considéré dans l'affaire *Kapitol Trading*⁴⁶ que Belgacom avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en tentant d'empêcher la mise sur le marché d'un CD-Rom reprenant les données issues de l'annuaire téléphonique. On pourrait considérer que ces deux décisions consacrent implicitement en droit belge la doctrine des ressources essentielles qui a été développée au niveau européen⁴⁷ et qui a été consacrée par plus États membres⁴⁸.

En matière de retrait de vente, dans l'affaire *Télémarketing*⁴⁹, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré, sur base des réponses reçues de la Cour de justice, que la CLT avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en ne permettant plus à une petite société de télémarketing de diffuser ses numéros de téléphone sur les chaînes de RTL-TVi car la CLT voulait se lancer elle-même dans les activités de télémarketing. La même Cour a jugé dans l'affaire *Promédia*⁵⁰ que Belgacom avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en décidant d'offrir les informations relatives à ses abonnés à des prix excessifs (ce qui équivalait à un refus) à ITT-Promédia qui éditait les annuaires dans le passé car Belgacom avait décidé d'éditer ses propres annuaires.

En matière de refus discriminatoire, la majorité du contentieux s'est concentré sur les systèmes de distribution mis en place par les éditeurs de journaux⁵¹.

45. Prés. Comm. Bruxelles, 14 août 1992, *Ann. prat. comm.*, 1992, p. 351.

46. Prés. Comm. Bruxelles, 19 juill. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 788 ; Voy. C. de TERWANGNE et Y. POULLET, « Les annuaires téléphoniques au carrefour des droits », *J.T.*, 1996, p. 425 ; J. DERENNE, « Les annuaires téléphoniques et le droit communautaire », *Auteurs & Médias*, 1996, p. 206.

47. En ce sens : E. VEGIS, « La théorie des 'essential facilities' : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteintes à la concurrence », *R.D.C.*, 1999, p. 4.

48. Comme la France : Cass. fr. (com.), 25 janv. 2000 (aff. Héli-Inter Assistance), *BOCCRF*, 7 mars 2000 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002 ; ou le Royaume-Uni : High Court of Justice en 1998 (aff. aéroport d'Heathrow), cité par D. CHALMERS, « Application of Community Law in the United Kingdom », *Comm. Market Law Rev.*, 2000, p. 117.

49. Bruxelles, 17 mai 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 448 et la note de D. PUTZEYS.

50. Bruxelles, 9 juin 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 720. Cette affaire des annuaires mena à près de vingt décisions judiciaires toutes instances confondues ; voy. W. DEVROE, « Proliferatie van de toezichthouders », *Miméo*, Octobre 2001 ; C. de TERWANGNE et Y. POULLET, *op. cit.*, note 42, p. 425.

51. Comme le note VAN BUNNEN (*op. cit.*, note 2, p. 18), « en matière judiciaire, il existe des modes : certains types de conflits surgissent et se multiplient presque en même temps, devant plusieurs juridictions du pays et puis passent et ce type de conflit disparaît ». Pour d'autres affaires récentes dans lesquelles un système de distribution sélective a été condamné : Bruxelles, 22 avril 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 418 ; Liège, 14 sept. 1999, *Ann. Prat. Comm.*, 1999, p. 554.

En 1976, sous pression des revendeurs, l'ensemble des éditeurs de journaux belges et l'Agence Média Presse (AMP) en charge de la distribution ont mis en place un système de distribution sélective faisant dépendre l'agrément de tout candidat revendeur de l'avis d'une commission régionale composée de représentants des éditeurs, de l'AMP et des revendeurs. Ce système restrictif, qui fut légèrement modifié en 1983, a été condamné à plusieurs reprises. En 1983, le Conseil du contentieux économique⁵². le jugea contraire à l'ancienne loi sur les abus de puissance économique car l'agrément était arbitraire et discriminatoire. En 1985, dans l'affaire *Club*⁵³, la Cour de cassation rejeta un pourvoi contre un arrêt fort bien motivé de la Cour d'appel de Bruxelles. Cet arrêt avait jugé que l'AMP avait enfreint l'article 81 CE en refusant d'agréer les revendeurs Club qui créaient un danger de concurrence pour les revendeurs déjà présents et géographiquement proches. La même année dans l'affaire *Binon*⁵⁴. remarquablement motivée et étonnamment moderne, le président du tribunal de commerce de Bruxelles condamna une nouvelle fois l'AMP pour violation des articles 81 et 82 CE en refusant d'agréer le revendeur Binon. Par la suite, apparemment dégoûtée, l'AMP s'est cantonnée dans sa fonction d'intermédiaire en laissant à chaque éditeur de journaux, individuellement, le soin d'agréer un candidat. Si ce changement mit fin au problème d'intégration verticale et diminua substantiellement le pouvoir de marché de l'entité chargée de l'agrément, il ne réduisit pas pour autant le contentieux. Ainsi en 1994 dans l'affaire *Press Corner*⁵⁵, la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé une condamnation du groupe Rossel (éditeur du Soir) pour refus de livrer à la librairie Press Corner. Le premier juge avait décidé que le Soir était indispensable à la survie de Press Corner et que le refus était discriminatoire. De même en 1995, la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Malliet*⁵⁶ considéra que l'éditeur flamand Hoste (publiant notamment Het Laatste Nieuws et De Morgen) était dominant sur un marché défini étroitement de ses propres publications et avait abusé de sa position en refusant de livrer un revendeur. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas unanime car pour des faits similaires, le même éditeur ne fut pas condamné par trois autres juridictions du pays⁵⁷.

La mode du contentieux a aussi touché l'allocation des noms de domaines

52. Avis du Conseil du contentieux économique du 10 mai 1983, *M.B.* 17 août 1983.

53. Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, I, p. 1394, rejetant le pourvoi contre Bruxelles, 20 déc. 1983, *J.T.*, 1984, p. 74, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 15 nov. 1982, *J.T.*, 1983, p. 101.

54. Prés. Comm. Bruxelles, 23 oct. 1985, 1987, p. 293 avec la note de B. van de WALLE de GHELCKE ; et C.J.C.E., 3 juill. 1985, *Binon c. AMP*, 243/83, *Rec.*, p. 2015. Voy. aussi : Communication de la Commission, cas 31.609, *A.M.P.*, *J.O.C.E.*, C 164 du 23 juin 1987, p. 2.

55. Bruxelles, 25 fév. 1994, cité par L. VAN BUNNEN, *op.cit.*, note 2, p. 18, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 29 mars 1993, *Ann. Prat. Comm.*, 1993, p. 384 avec la note D. VAN BUNNEN, « Le caractère abusif du refus de vente de journaux ».

56. Bruxelles, 21 juin 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 567 confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 14 oct. 1994, *Ann. prat. comm.*, 1994, p. 543.

57. Prés. Comm. Malines, 5 fév. 1988, *Ann. prat. comm.*, 1988, p. 215 ; Anvers, 31 mars 1992, *Ann.*



Internet par la société DNS.be⁵⁸. Lorsque DNS.be s'est vu attribuer le monopole pour allouer les noms de domaine '.be', elle a d'abord mené une politique assez restrictive qui donna lieu à de nombreux litiges (principalement pour abus de droit mais également pour abus de position dominante). En 2000, dans l'affaire *F.E.*, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi condamné DNS.be pour avoir octroyé les noms de domaine de façon subjective et partielle. Incidemment, le président ajoute que DNS 'résiste avec peine au reproche d'abuser de sa position dominante'⁵⁹. Le contentieux s'est finalement tari lorsque DNS a décidé de libéraliser totalement l'attribution des noms de domaine et de les allouer selon le principe du 'premier arrivé, premier servi'. Dans une autre affaire de refus discriminatoire *RVA*⁶⁰, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que la concession de la Régie des Voies Aériennes à Belgavia pour le traitement des passagers à l'aéroport de Zaventem et le refus d'accorder ce même droit à Lufthansa étaient contraires aux articles 81 et 82 CE, et partant violaient la LPCC.

En résumé, la plupart des cas de refus de vente attaqués sur base du droit de la concurrence a été jugée *via le prisme déformant* de la loi sur les pratiques du commerce. Si on peut l'expliquer pour des raisons de procédure, cela a eu une influence certaine sur la manière dont les cas ont été décidés. Les juges des cessations ne sont pas tous des experts en droit de la concurrence et encore moins en théorie économique. Dès lors, ils ont tendance à juger les cas qui leur sont soumis sur base d'une analyse sommaire des conditions et des motifs du refus, sans se livrer à un examen approfondi des caractéristiques économiques du marché⁶¹. Cette attitude est regrettable car elle est contraire au droit européen (à tout le moins à son évolution récente) qui intègre mieux l'analyse économique. En particulier, l'abus de position dominante doit se juger objectivement selon son effet sur la concurrence et non subjectivement selon

→ prat. comm., 1992, p. 267 ; Prés. Comm. Courtrai, 6 fév. 1995, *Auteurs & Media*, 1996, p. 176 et la note H. DE BAUW, « Marktpositie en Machtsmisbruik van Krantenuitgevers ». Dans le même sens : Anvers, 7 déc. 1993, *Ann. Prat. Comm.*, 1993, p. 355 ; Prés. Comm. Verviers, 1 oct. 1992, *Ann. Prat. Comm.*, 1992, p. 364 ; Prés. Comm. Bruxelles, 5 mai 1997, *Ann. Prat. Comm.*, 1997, p. 790.

58. Sur la question des noms de domaine, voy. A. CRUQUENAIRE, « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine : et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, p. 545.

59. Prés. Comm. Bruxelles, 8 nov. 2000, *J.T.*, 2001, p. 507 et la note de A. CRUQUENAIRE ; « Les règles d'attribution des noms de domaine et le droit de la concurrence ».

60. Bruxelles, 7 déc. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 676. Notez également la décision de la Commission du 28 juin 1995, *Régie des Voies Aériennes*, *J.O.C.E.*, L 216 du 12 sept. 1995, p. 8 : la Commission a condamné l'Etat belge car la Régie des Voies Aériennes pratiquait des redevances d'atterrissage discriminatoires entre les différentes compagnies aériennes.

61. Et ce d'autant plus que les plaideurs basent leur action tant sur l'abus de position dominante que sur l'abus de droit.

l'intention de l'entreprise dominante⁶². En outre, elle risque d'introduire d'autres valeurs que l'efficacité dans l'application de l'antitrust, ce qui n'est pas souhaitable au vu de la théorie des distorsions dans les politiques publiques. Toutefois, avec le temps et notamment suite à la décentralisation du droit européen de la concurrence⁶³, le droit belge devra évoluer lui aussi vers plus d'analyse économique⁶⁴.

4. Autres exceptions au refus de vente et leurs relations avec le droit de la concurrence

4.1. Droit des obligations : Faute et abus de droit

À côté (et souvent en parallèle) du droit de la concurrence, l'autre moyen juridique principal pour attaquer un refus de vendre tient aux institutions traditionnelles du droit des obligations que sont la faute extra-contractuelle et l'abus de droit. Depuis longtemps, la Cour de cassation a admis qu'un refus de vendre pouvait être illicite⁶⁵. Là encore pour bénéficier de l'efficacité de l'action en cessation, les plaideurs invoquent la faute et l'abus de droit *via* l'article 93 LPCC.

Par exemple en matière de distribution de journaux, la Cour de cassation a rejeté dans l'affaire *Franck*⁶⁶ un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège. Cet arrêt avait jugé que l'éditeur du journal La Meuse avait commis un abus de droit en refusant de livrer ses journaux à la librairie Franck car le motif utilisé (meilleure rentabilité) ne correspondait pas au motif réel (élimination de Franck qui était de nature à représenter un danger de concurrence pour les revendeurs géographiquement proches) et aucun autre motif légitime ne pouvait être invoqué. Dans deux affaires semblables *JGIN* et *Max & Zoë*⁶⁷, le président du tribunal de commerce de Bruxelles (chambre francophone) a considéré que DNS.be avait commis un abus de droit en refusant d'accorder des noms de domaine aux sociétés JGIN et Max & Zoë car le refus était insuffisamment motivé et discriminatoire. De même dans l'affaire *F.E.* déjà

62. C.J.C.E., 23 mai 1978, *Hoffman-La Roche c. Commission*, 102/77, *Rec.*, p. 1139, point 91.

63. Règlement 1/2003/CE du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.C.E.*, L. 1, du 4 janvier 2003, p. 1.

64. Pour une appréciation critique de l'application actuelle de l'analyse économique en droit de la concurrence belge, voy. R.J. VAN DEN BERGH et P.D. CAMESASCA, « De Wet Economische Mededinging en een economische en rechtseconomische analyse », in J. STUYCK et P. WYTINCK (eds), *De Belgische mededingingswet Anno 2003*, Kluwer, 2003, p. 1.

65. Cass., 18 fév. 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 621 ; Cass., 9 oct. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 126.

66. Cass., 24 sept. 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 10 avec les obs. de L. VAN BUNNEN, cité note 2.

67. Prés. Comm. Bruxelles, 21 fév. 2001, *Ann. prat. comm.*, 2001, p. 877 ; Prés. Comm. Bruxelles, 22 mars 2001, *Ann. prat. comm.*, 2001, p. 596.

citée⁶⁸, le président du tribunal bruxellois a jugé que le refus de DNS.be était constitutif d'un abus de position dominante et d'un abus de droit. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas unanime car dans *Glystorff*⁶⁹, une affaire aux circonstances fort similaires, la Cour d'appel de Bruxelles (chambre néerlandophone) a jugé qu'aucun abus de droit n'avait été commis. D'autres décisions récentes⁷⁰ ont considéré comme constitutif d'un abus de droit le refus d'une ASBL organisant une foire annuelle d'accepter un exposant pourtant admis les autres années⁷¹ ; le refus brutal d'un agent commercial de transmettre les commandes d'un client au principal alors que l'acheteur avait constitué une clientèle pour ce produit et risquait de perdre celle-ci⁷² ; le refus d'une compagnie aérienne de permettre aux agences de voyage de vendre des billets aux mêmes conditions 'avantageuses' que celles qui sont proposées sur Internet⁷³. Toutefois, ces quelques arbres ne devraient pas cacher la forêt et, dans la plupart des cas, les juges semblent réticents à considérer qu'un refus de vendre est abusif et à en ordonner la cessation⁷⁴.

Cette jurisprudence appelle plusieurs observations. Premièrement, deux principaux moyens de droit ont été utilisés pour condamner un refus de vente comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale : la violation de la loi sur la concurrence et/ou l'abus de droit. Dans le premier cas, le juge prend en compte le pouvoir de marché de l'entreprise qui refuse et l'effet sur le

68. Cf. note 59.

69. Bruxelles, 30 oct. 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 509.

70. Pour un aperçu des décisions plus anciennes, voy. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 247, n^{os} 53-54 ; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS, I. DEMUYNCK, « Overzicht van rechtspraak : Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997 », *T.P.R.*, 1999, p. 276, n^{os} 308-309 ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, note 10, p. 160, n^{os} 68-69.

71. Bruxelles, 16 sept. 1997, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 425.

72. Anvers, 2 nov. 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 515.

73. Prés. Comm. Bruxelles, 26 mars 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 58 et la note de F. LONGFILS, « Le refus de vente par Internet : concurrence illicite ou consommation séduite ? ».

74. Pour des exemples récents où la demande d'action en cessation a été rejetée, voy. : Prés. Comm. Bruxelles, 15 fév. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 744 ; Bruxelles, 16 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1622 ; Prés. Comm. Bruxelles, 29 juin 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 383 ; Prés. Comm. Bruxelles, 2 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 419 ; Liège, 3 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 336 ; Prés. Comm. Bruxelles, 4 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 838 ; Anvers, 22 nov. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 345 ; Prés. Comm. Louvain, 10 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 840 ; Bruxelles, 8 mars 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 627 ; Mons, 22 mai 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 437 ; Prés. Comm. Bruxelles, 12 juin 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 903 ; Bruxelles, 13 juin 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 692 ; Bruxelles, 9 oct. 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 808 ; Prés. Comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 793 ; Prés. Comm. Bruxelles, 27 août 1997, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 807 ; Bruxelles, 7 janv. 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 426 ; Gand, 30 juin 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 541 ; Bruxelles, 15 sept. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 894 ; Prés. Comm. Bruxelles, 27 déc. 2001, *Ann. prat. comm.*, 2001, p. 910 ; Prés. Comm. Louvain, 23 janv. 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 1005 ; Anvers, 27 juin 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 496. Dans ce sens également, Cass., 13 sept. 1991, déjà cité à la note 7 et Cass., 7 janv. 2000, cité à la note 95.

concurrent qui se voit opposer le refus. Dans le second cas, le juge prend en compte les motifs du refus et les conditions dans lesquelles il prend place. Deuxièmement, si certains ont noté une sévérité accrue des juges du fond et même des décisions qui procèdent à un renversement de la charge de la preuve obligeant le défendeur à justifier le caractère légitime de son refus de contracter⁷⁵, il apparaît que la jurisprudence reste réticente à imposer une obligation de contracter⁷⁶. Troisièmement, si les juges ont été de plus en plus rigoureux dans l'appréciation des circonstances économiques de l'espèce et dans leurs motivations⁷⁷, leurs décisions n'appliquent pas avec suffisamment de rigueur les principes qu'elles invoquent, rendant le contrôle de la Cour de cassation plus difficile et menant à une incertitude juridique d'autant plus préjudiciable pour l'économie qu'une obligation de contracter a un impact important dans l'organisation des entreprises. J'ai montré dans la section précédente que les décisions basées sur le droit de la concurrence appliquaient insuffisamment les principes économiques qui en sont à la base. De manière semblable, les juges n'appliquent pas avec rigueur et précision les différents critères de l'abus de droit.

Dans le passé, on a pu discuter de l'application de l'institution de l'abus de droit aux libertés, mais certains auteurs ont montré de manière convaincante que l'abus de droit est un principe de nature à s'appliquer tant aux droits qu'aux libertés (notamment à la liberté de contracter)⁷⁸. Traditionnellement, on considère que l'exercice d'un droit ou d'une liberté est abusif dans cinq hypothèses⁷⁹ : (1) exercice dans l'intention exclusive de nuire à autrui ; (2) exercice sans intérêt et en causant un préjudice à autrui ; (3) détournement de la finalité du droit ; (4) choix, entre plusieurs manières d'exercer un droit, de la manière la plus dommageable pour autrui ; (5) avantage retiré de l'exercice du droit qui est hors de toute proportion avec le préjudice causé à autrui.

L'application de ces critères à la liberté contractuelle est sans doute plus complexe que dans d'autres domaines pour plusieurs raisons. Premièrement, les firmes se comportent le plus souvent de manière rationnelle et il est peu probable qu'elles entreprennent une action qui ne leur procure aucun bénéfice, partant le critère 1 (et dans une certaine mesure le critère 2) n'est pas souvent d'application⁸⁰. Deuxièmement, la liberté contractuelle n'est pas un droit ou

75. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, p. 452 et 462 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, note 9, p. 164, n° 69 et les décisions citées.

76. J.F. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé », *Rev. dr. ULB*, 2002-1, p. 249, n° 52.

77. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, note 9, p. 162, n° 68.

78. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, pp. 452 à 458 ; J.F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000.

79. Voy. notamment : P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, note 6, pp. 902 à 905 ; P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 189, sp. n° 16 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 40.

80. Néanmoins, pour des exemples d'application des critères 1 et 2, J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, *op. cit.*, note 2, p. 795, n°s 17 à 21.

une liberté-fonction et ses finalités ne sont pas limitativement définies, partant le critère 3 n'est pas applicable⁸¹. Troisièmement, les droits et libertés des firmes sont nécessairement en conflit et il est dans la logique même de notre système d'économie libérale de marché que les firmes causent des dommages à leurs concurrents, partant le critère 4 doit être utilisé avec une extrême prudence⁸². Cela ne veut pas dire qu'il n'est jamais d'application car promouvoir la concurrence ne signifie pas que 'tous les coups sont permis' sous réserve de l'antitrust. Par exemple, une grande entreprise qui s'intègre verticalement peut décider de ne plus fournir en matière première un petit opérateur actif sur le marché en aval et ainsi entraîner la faillite de ce petit opérateur. On pourrait estimer que le refus de la grande entreprise est constitutif d'un abus de droit.

En d'autres termes, la limite posée par l'abus de droit à la liberté contractuelle participerait du deuxième fondement de cette liberté, à savoir l'équité. Comme l'application d'un simple principe d'équité doit être rejetée car il est trop incertain et trop difficile à contrôler par la Cour de cassation⁸³, son application est ainsi médiée par des institutions juridiques précises comme l'abus de droit ou encore la faute civile. Toutefois, en pratique, les juges du fond devraient appliquer de manière plus rigoureuse les principes des ces institutions et ils ne devraient pas se contenter de seulement scruter les motifs et les circonstances d'un refus de contracter. Comme le note J.F. Romain⁸⁴, la jurisprudence en matière de refus de vente contient des tendances qui font apparaître des extensions – non-conformes au principe – des critères de l'abus de droit. D'abord, la jurisprudence opère un glissement du critère 2 de l'absence totale d'intérêt et de l'absence d'intérêt raisonnable suffisant vers l'absence d'intérêt légitime voire de motifs légitimes, ce qui rend plus subjectif un critère qui devrait rester dans l'ordre objectif. Ensuite, les juges opèrent un glissement du critère 4 de la notion de proportionnalité économique vers celle de la proportionnalité fonctionnelle, et condamnent des refus sans se livrer à un véritable bilan avantages/préjudices. Enfin, des juges ont interdit le simple fait de pratiquer une discrimination, ce qui n'est actuellement pas un critère indépendant de l'abus de droit.

Ainsi les deux limites à la liberté contractuelle se dessinent : l'une tenant à l'efficacité (et appliquée *via* le droit antitrust) et l'autre à l'équité (appliquée *via* l'abus de droit principalement ou la faute civile). Si ces deux institutions juridiques aboutissent souvent au même résultat (le comportement anti-concurrentiel est également un abus de droit), elles ne se basent pas sur les mêmes valeurs et appliquent des critères différents. Ainsi, on peut imaginer des hypo-

81. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, p. 460 ; J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, *op. cit.*, note 2, p. 795, n° 16.

82. Pour des exemples d'application, J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, *op. cit.*, note 2, p. 796, n°s 22 à 23.

83. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, note 5, p. 883.

84. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 76, p. 249, n°s 52-56.

thèses où elles ne mènent pas aux mêmes résultats⁸⁵. On peut imaginer des comportements efficaces (et admis par les droits de la concurrence) qui heurtent l'équité. Pour reprendre mon exemple, il se peut que l'intégration de la grande entreprise soit efficace. Néanmoins, il faut la condamner au nom d'autres valeurs comme celle des intérêts sociaux de l'entreprise à protéger⁸⁶. En cas de conflit de valeurs, le juge doit les mettre en balance pour faire prévaloir celle qui lui semble la plus raisonnable dans le cas d'espèce. Ce conflit potentiel m'amène à la question fort discutée en doctrine des relations entre la loi sur la protection de la concurrence et la loi sur les pratiques du commerce. Notons d'emblée que cette question concerne seulement les actes qui relèvent du champ d'application de la LPCE, comme le refus de vente, la discrimination, la concurrence directe du fabricant avec ses revendeurs ou la vente à perte. Ils ne concernent pas les autres pratiques qui peuvent être contraires à la LPCC comme le parasitisme.

Trois thèses principales s'affrontent. La première thèse⁸⁷, qui affirme *l'effet limitatif absolu*⁸⁸, considère que seuls les comportements interdits par la LPCE peuvent être prohibés par la LPCC. Corrélativement, tous les comportements permis par la LPCE (et notamment toutes les actions unilatérales des firmes non dominantes) ne pourraient pas être ensuite condamnés par la LPCC. La deuxième thèse⁸⁹, qui affirme *l'effet limitatif relatif*, considère que seuls les comportements interdits par la LPCE ou ceux constitutifs d'un abus de droit peuvent être interdits par la LPCC. Enfin la troisième thèse⁹⁰, qui soutient *l'absence d'effet limitatif*, considère que les deux lois sont indépendantes et que

85. Comme le souligne J.F. ROMAIN (*op. cit.*, note 76, p. 237, n° 42), l'abus de droit n'est pas nécessairement l'abus de position dominante et réciproquement. Notez que puisque toute violation d'une loi est une faute (Cass., 10 avr. 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682), tout acte violant la LPCE est une faute mais toute faute n'est pas nécessairement anti-concurrentielle. En d'autres termes, la notion de faute est plus large que la notion de comportement anti-concurrentiel car elle englobe d'autres valeurs que la seule efficacité.

86. Sur le caractère anti-concurrentiel de certaines politiques publiques, voy. G. AMATO et L.L. LAUDATI (eds), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, E. ELGAR, 2001.

87. H. DE BAUW, « Onrechtmatige mededinging en vrije concurrentie. Over de wisselverwerking tussen de Wet van Handelspraktijken en de Wet Economische Mededinging », *R.D.C.*, 1992, p. 19 ; L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, « L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale : état de la question », *R.D.C.*, 1997, p. 4 ; R. VAN DEN BERGH, « Beroepsdeontologieën en eerlijke handelspraktijken : geen synoniemen », *R.W.*, 1983-84, p. 546 ; R. VAN DEN BERGH, « Discriminatie van een onafhankelijke afnemer », *Ann. prat. comm.*, 1993, p. 467.

88. Ou effet réflexe selon l'expression plus heureuse de J. STUYCK.

89. J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, *op. cit.*, note 2, p. 801.

90. A. DE CALUWÉ, « La norme générale de conformité aux usages honnêtes est-elle principale ou résiduelle ? Est-elle subordonnée à la loi du 5 août 1991 ? », in C.U.P., *Pratiques du Commerce*, Liège, 1997, p. 104 ; A. DESSARD et B. FRANCO, « Application par les juridictions ordinaires », in P. DE VROEDE (ed.) *Protection de la concurrence économique*, La Charte, 1993, p. 162 ; A. DELCORDE, « Concurrence macro vs concurrence micro », in J. GILLARDIN et D. PUTZEYS (eds.), *Les pratiques du commerce : Autour et alentour*, Presses des Facultés universitaires Saint-



la notion d'usages honnêtes en matière commerciale n'est pas limitée par la LPCE.

La première thèse se base principalement sur deux arguments relatifs à la politique législative et à la sécurité juridique. Premièrement, en adoptant la LPCE qui serait tant une *lex specialis* qu'une *lex posterior* à la LPCC, le législateur aurait clairement choisi une organisation de marché basée sur la concurrence libre et effective et aurait privilégié la valeur d'efficacité inhérente à la LPCE. En outre, la LPCE participerait de la protection de l'intérêt général (la concurrence) alors que la LPCC ne protégerait que des intérêts particuliers (les concurrents). Dès lors, la première devrait primer sur la seconde et l'application de la LPCC ne pourrait avoir pour effet de porter atteinte à l'objectif suprême de concurrence effective. Deuxièmement, si un comportement admis par la LPCE devait être interdit par la LPCC, cela créerait une insécurité juridique puisqu'une entreprise respectant le droit de la concurrence pourrait néanmoins se faire condamner sur pied d'autres critères pas toujours très clairs. La deuxième thèse se base sur les deux mêmes arguments, tout en les nuanciant et prévoyant une porte de sortie au juge qui voudrait condamner un refus de vente sans prouver qu'il est anti-concurrentiel. La troisième thèse se base sur l'indépendance des objectifs des deux lois : la LPCE vise à protéger la concurrence effective dans un objectif d'efficacité économique, alors que la LPCC vise à protéger la loyauté et l'équité dans les relations commerciales. Un conflit de lois reflète en réalité un conflit de valeurs et il n'y a pas de raison légitime de faire primer une valeur sur les autres.

Pour ma part, je me rallie à la troisième thèse qui me paraît respecter les multiples valeurs de notre société, l'intégrité des institutions juridiques et la sécurité juridique. La thèse de l'effet limitatif absolu ne me convainc pas car elle revient à faire primer l'efficacité sur toute autre valeur. Heureusement, cela ne correspond pas à notre modèle de société et au paradigme contractuel qu'il implique⁹¹. Dès lors, cette thèse risque de mener à une alternative dont les deux branches sont également regrettables. Soit le seul droit antitrust est d'application et ce droit poursuit exclusivement l'efficacité. Dans cette hypothèse, le système normatif serait en décalage avec la société qu'il régule. Soit le seul droit antitrust est d'application mais ce droit poursuit d'autres objectifs et valeurs que l'efficacité. Dans cette hypothèse, le droit de la concurrence belge serait en

→ Louis, 1997, p. 39 ; P. DE VROEDE, « De stakingsrechter en de Belgische mededingingswet », *R.W.*, 1995-1996, p. 137 ; Voy. pour une vision plus nuancée : B. REMICHE, « La relation actuelle entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale est-elle satisfaisante ? », *Rev. Int. Conc.*, 1995/3, p. 35 ; B. REMICHE, « Droits de la concurrence et de la concurrence déloyale : objets différents et objectifs communs », *Rev. Int. Conc.*, 1996/2, p. 29.

91. En ce sens, J.F. ROMAIN (*op. cit.*, note 76, p. 240, n° 45) qui relève « qu'il n'existe pas de raison véritable de donner la prééminence au droit de la concurrence sur le droit restreignant et sanctionnant les pratiques déloyales au risque de développer une vision excessivement libérale du système juridique ».

contradiction avec l'évolution de droit européen et avec les enseignements de la théorie des distorsions des politiques publiques. En outre, il ne me semble pas que l'application indépendante de la LPCC augmente l'insécurité juridique par rapport à la situation antérieure qui prévalait lorsque la LPCE n'était pas en vigueur et que la seule LPCC était d'application⁹². Et à l'époque, les entreprises ne semblaient pas se plaindre d'une insécurité juridique inacceptable. Il est vrai que la thèse d'absence d'effet limitatif augmente inévitablement l'insécurité juridique par rapport à la thèse de l'effet limitatif absolu puisqu'elle multiplie les institutions juridiques pouvant être utilisées pour condamner un refus de vente. Néanmoins, cette augmentation de l'insécurité ne me paraît pas excessive car il s'agit d'exceptions – d'interprétation restrictive – à une liberté et semble être le prix à payer pour une société plus juste. La thèse de l'effet limitatif relatif ne me convainc pas non plus. D'une part, elle souffre de la même critique – dans une moindre mesure – que la thèse de l'effet limitatif absolu⁹³. D'autre part, elle est difficile à justifier juridiquement. Si l'on admet qu'un comportement licite au regard de la LPCE peut être interdit par la LPCC, on ne voit pas pourquoi cette interdiction devrait se limiter à l'abus de droit et non à la notion plus large de faute qui reste le fondement des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale⁹⁴.

En 2000, la Cour de cassation s'est prononcée sur cette controverse dans l'affaire *Multipharma*⁹⁵. La Cour d'appel de Gand n'avait pas condamné le refus de livrer des entreprises du groupe Louis Widmer aux parapharmacies Equiform appartenant au groupe Multipharma car il n'était pas contraire pas au droit de la concurrence (vu les faibles parts de marché de Widmer) et n'était pas constitutif d'un abus de droit. Le pourvoi formé par Multipharma invoquait que toute faute civile pouvait être un acte contraire aux usages commerciaux, partant la Cour d'appel n'avait pas correctement motivé sa décision puisqu'elle n'avait pas écarté l'existence d'une faute généralement définie. En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation note que « *la pratique d'une entreprise qui restreint la concurrence mais est admise tant par le droit européen concernant la concurrence que par la loi belge relative à la concurrence ne peut être interdite en vertu de l'obligation de respecter les usages honnêtes en matière commerciale, lorsque la violation des usages honnêtes, telle qu'elle est invoquée, consiste pour l'essentiel uniquement en une restriction de la concurrence entre les distributeurs (...) que (la Cour d'appel) décide à cet égard que (les entreprises Louis Widmer) ne commettent pas un abus de droit et, dès lors, exclut par ce motif, que la preuve de la violation des usages honnêtes en matière commerciale soit apportée* ». La majorité

92. En ce sens, l'avocat général DE RIEMAECKER, cité en note 95, p. 44.

93. En particulier, l'extension mentionnée supra du principe de l'abus de droit pourrait s'expliquer par le fait que le juge tente de faire passer toutes valeurs par cette institution juridique au lieu de recourir à la faute civile.

94. En ce sens, J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 76, p. 240, n° 45.

95. Cass., 7 janv. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 39 avec les conclusions de l'avocat général DE RIEMAECKER.

de la doctrine a noté avec satisfaction que la Cour a consacré la théorie de l'effet limitatif⁹⁶.

Toutefois, une certaine prudence s'impose. D'abord, c'est la théorie de l'effet limitatif relatif et non absolu que la Cour aurait ainsi consacré. Ensuite dans des conclusions remarquablement bien motivées, l'avocat général De Riemaeker s'est prononcé contre tout effet limitatif⁹⁷. Troisièmement, la Cour a précisé que l'effet limitatif ne jouerait que si la violation invoquée consiste uniquement en une restriction de concurrence. L'effet limitatif de la LPCE se voit donc singulièrement 'limité' et des actes dont la composante fautive serait distincte de leur composante d'acte restrictif de concurrence pourraient être condamnés sur base de la LPCC indépendamment de la LPCE⁹⁸. Enfin dans une affaire ultérieure *Iverlek*⁹⁹, la Cour de cassation a jugé, sans se référer à l'abus de droit, qu'une entreprise non dominante qui pratiquait des prix d'éviction (en-dessous des coûts) pour ses services pouvait être condamnée sur pied de l'article 93 LPCC. Ainsi, une pratique admise par la LPCE (car l'entreprise n'était pas dominante) peut être interdite par la LPCC sans devoir explicitement invoquer l'abus de droit. Dès lors, il me semble qu'on ne peut pas considérer que notre Cour suprême a fermement consacré la théorie de l'effet limitatif absolu ou même relatif, et on peut s'en réjouir vu la vision excessivement libérale que cette théorie implique.

4.2. L'offre permanente et les lois de libéralisation des industries de réseaux

Depuis le siècle dernier, il est admis que certaines entreprises se trouvent en situation d'offre permanente de sorte qu'elles doivent contracter avec les personnes qui s'adressent à elles après avoir accepté les conditions qu'elles posent¹⁰⁰. Cette obligation trouve généralement sa justification dans une notion d'offre singulièrement étendue¹⁰¹. Par exemple, ont été considérées en état

96. J. STUYCK, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », *R.C.J.B.*, 2001, p. 249 ; E. TERRY, « Verkoper, consument en de beperkende werking van de W.E.M. op de W.H.P.C. », *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 629 ; M. TISON, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, p. 702, n° 56 ; D. VANDERMEERSCH, « Een door het mededingingsrecht toegelaten beperking van de mededinging strijdt op zich niet met eerlijke handelspraktijken : De verkoopswijgering opnieuw beteken », *R.D.C.*, 2000, p. 369.

97. En outre, notez que le conseiller Verougstraete, rapporteur dans l'affaire *Multi karma*, s'est, me semble-t-il, implicitement prononcé contre l'effet limitatif dans : I. VEROUGSTRAETE, « La loi sur les pratiques du commerce : Loi pour une société en mutation ? », in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, Bruylant, 1995, p. 365.

98. En ce sens, J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 76, p. 244, n° 47.

99. Cass., 25 oct. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1714 ; *R.D.C.*, 2002, p. 350 et la note de K. DAELE, « De verkoop met verlies van diensten : *status questionis* na twee belangrijke cassatiearresten » ; *Ann. prat. comm.*, 2001 et la note H. DE BAUW.

100. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 11, t. II, n° 525 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, note 9, t. III, n° 12.

d'offre permanente¹⁰² : des entreprises de spectacles, des sociétés productrices et distributrices de produits pharmaceutiques, les entreprises de transport, de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, d'articles de presse, ... Le champ d'application de cette obligation était controversé. Il était admis qu'elle s'appliquait aux entreprises jouissant d'un monopole de droit, mais la doctrine discutait si elle s'appliquait également aux entreprises jouissant d'un monopole de fait. Ce devait être le cas si l'entreprise en monopole de fait assurait un service public au sens fonctionnel du terme. Avec P. Van Ommeslaghe¹⁰³, il me semble alors que le champ d'application de l'offre permanente doit se déterminer par référence à la notion de service public fonctionnel plutôt que par référence à celle de monopole de droit ou de fait.

Cette doctrine de l'offre permanente doit maintenant être combinée avec les récentes législations qui ont été adoptées, sous l'influence du droit européen, pour ouvrir à la concurrence certaines industries en réseau (télécommunications, électricité, ...). Cette libéralisation posait au moins deux problèmes au regard du refus de contracter. D'une part, il fallait assurer que tout nouvel entrant potentiel bénéficie d'un accès au réseau de l'ancien monopoleur, faute de quoi il leur serait économiquement impossible d'entrer sur le marché et la libéralisation resterait purement théorique. D'autre part, il fallait assurer que les citoyens continuent d'avoir accès à un service de base de bonne qualité et à un prix abordable.

Quant au premier problème relatif à l'accès des concurrents aux réseaux, le législateur européen, et à sa suite le législateur belge, ont estimé que le seul droit de la concurrence serait insuffisant pour garantir un accès efficace aux infrastructures et qu'il fallait le compléter par une législation spécifique prévoyant des droits d'accès avec des autorités de régulation particulières chargées de les mettre en œuvre. Par exemple, dans le secteur des télécommunications, Belgacom doit donner l'accès à son réseau à tout nouvel entrant sous le contrôle de l'Institut Belge des Postes et des Télécommunications, notamment via un catalogue d'interconnexion revu annuellement¹⁰⁴. De même dans le secteur de l'électricité, il y a eu une séparation des opérations de génération, de transport et de distribution, et le gestionnaire du réseau de transport doit en donner l'accès

101. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, note 9, p. 156, n° 65.

102. Voy. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, p. 8 pour les références des cas cités.

103. P. VAN OMMEFLAGHE, *Cours de droit des obligations*, t. I, Presses Universitaires de Bruxelles, 1985, p. 186. Voy. également la note 108.

104. Chapitre X de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, telle qu'amendée notamment par la loi du 19 décembre 1997. Sur cette loi, voy. F. DEHOUSSE et T. ZGAJEWSKI, « Le basculement du marché belge des télécommunications dans la concurrence totale : les nouvelles perspectives ouvertes par la loi du 19 décembre 1997 », *J.T.*, 1999, p. 73 ; et F. DEHOUSSE et T. ZGAJEWSKI, « Les nouveaux développements de la réglementation des télécommunications en Belgique (1999-2003) », *J.T.*, 2003, p. 425. Notez que cette loi est en train d'être modifiée pour adapter le droit belge au nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques adopté en 2002.

sous le contrôle de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz¹⁰⁵. Ces entreprises sont donc en état d'offre permanente en vertu d'une disposition législative. Comme ces obligations d'accès sont inspirées des principes du droit de la concurrence (en particulier de la doctrine des ressources essentielles¹⁰⁶), on pourrait penser qu'elles ne devraient être imposées que sous les conditions fort restrictives de cette doctrine. Toutefois, la deuxième et la troisième objections des économistes contre l'accès obligatoire vues plus haut ne s'appliquent pas ici. D'une part, les infrastructures dont l'accès est demandé ont été déployées en période de monopole légal et non en période de concurrence, partant l'objection tenant aux effets négatifs sur les incitants à l'investissement est moins pertinente. D'autre part, un régulateur avec l'expertise et les moyens nécessaires pour fixer et contrôler le respect d'une obligation d'accès existe. Dès lors, il peut être justifié d'accorder plus facilement l'accès en régulation sectorielle qu'en droit de la concurrence¹⁰⁷.

Quant au second problème relatif à l'accès des utilisateurs finals aux réseaux et services, le législateur européen, et à sa suite le législateur belge, a estimé qu'un filet de sécurité (appelé service universel) devait être prévu pour assurer la continuité du service public au sens fonctionnel. Ainsi, les législations sectorielles prévoient le droit de chaque citoyen de bénéficier d'un service universel de qualité et des mécanismes de désignation des entreprises chargées de fournir ce service, sous contrôle du régulateur sectoriel. Les entreprises désignées pour la fourniture du service universel sont ainsi en état d'offre permanente en vertu d'une disposition légale¹⁰⁸. Par exemple dans le secteur des télécommunications, Belgacom doit assurer les services téléphoniques de base¹⁰⁹.

4.3. Les lois sur les prix

Enfin, certaines lois sur les prix ont interdit le refus de contracter dans diverses hypothèses. Ainsi, une loi de 1924 sur la spéculation illicite de denrées et marchandises¹¹⁰ punit de sanctions pénales les personnes qui ont tenté de

105. Chapitre IV de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999 ; et Chapitre IVter de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation tel qu'inséré par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz, *M.B.*, 11 mai 1999.

106. E. VEGIS, *op. cit.*, note 47, p. 19, n° 31.

107. En ce sens également, M. MOTTA, *op. cit.*, note 31, p. 66 ; et les conclusions de l'avocat général JACOBS sous Bronner, *op. cit.*, note 15, point 66.

108. Comme le service universel doit être fourni par des entreprises qui ne sont plus en monopole ni légal ni de fait, il apparaît que la justification de l'offre permanente basée sur la notion de service public fonctionnel plutôt que sur la notion de monopole est plus convaincante et se trouve ainsi consacrée par la loi dans certains secteurs particuliers.

109. Chapitre V de la loi du 21 mars 1991 reprise à la note 103. Voy. aussi le chapitre V de la loi du 29 avril 1999 reprise à la note 105.

110. Loi du 18 juillet 1924 sur la spéculation illicite en matière de denrées et de marchandises, *M.B.*, 14 août 1924. Voy. J.F. ROMAIN, *op. cit.*, note 2, p. 8.

provoquer ou de maintenir des hausses ou baisses anormales de prix, notamment par des restrictions à la libre circulation de produits. Toutefois, l'application de cette loi a été très rare vu la définition stricte de l'infraction et la sévérité des peines prévues. En outre, l'article 4 de l'arrêté-loi de 1945 sur le contrôle des prix¹¹¹, prévoit qu'il est défendu de soustraire à la circulation des produits soumis au régime de contrôle du prix normal ou maximum notamment en refusant de les vendre. Cet article a été interprété de manière extensive par un arrêt de la Cour de cassation de 1965¹¹². Toutefois, cette interprétation a été unanimement critiquée par la doctrine car elle revenait à considérer que tout refus de vente d'un produit visé par l'arrêté-loi était interdit et elle semblait incompatible avec l'article 2, §3 du même arrêté-loi de portée beaucoup plus restrictive (pour qu'un refus soit abusif, il fallait notamment que la demande soit normale et émane d'un consommateur ou d'un détaillant). Vu la difficulté de compréhension de l'ensemble du système, il n'a été que très rarement appliqué.

Les lois sur les prix ont donc été de plus en plus rarement appliquées en matière de refus de vente. Avec l'entrée en vigueur de la loi sur la protection de la concurrence, les lois sur les prix ont encore perdu un peu plus de sens puisque le législateur a alors estimé que les prix sont mieux régulés (et les consommateurs mieux protégés) par une concurrence effective sur les marchés plutôt que par un contrôle étatique des prix¹¹³.

5. Conclusion

En résumé, la liberté contractuelle est un principe fondamental de notre droit des contrats, et plus généralement de l'organisation de notre système économique. Toutefois, tant le législateur que les juges ont prévu des exceptions à cette liberté. Si les limites mises en place par la jurisprudence ne me semblent pas être excessives (à quelques exceptions près), elles me paraissent ne pas être suffisamment claires ni appliquer de façon suffisamment rigoureuse les principes juridiques. Dès lors, un travail de systématisation s'impose en partant des fondements mêmes de la liberté contractuelle.

Je propose de cadrer cette liberté dans le nouveau paradigme du droit des contrats, partant de la fonder sur les valeurs d'efficacité et d'équité. Corrélativement, les limites à la liberté sont également fondées sur ces deux valeurs. Un

111. Arrêté-loi du 22 janvier 1945 sur le contrôle des prix, devenu la loi sur la réglementation économique et les prix, *M.B.*, 24 janv. 1945, tel qu'amendée notamment par la loi du 23 décembre 1969. Voy. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, note 9, t. III, n° 153.

112. Cass. 24 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1030.

113. J. STEENLANT, « De nieuwe wet tot bescherming van economische mededinging », *T.P.R.*, 1992, p. 348 ; J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, *op. cit.*, note 2, p. 792, n° 9 ; D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, note 39, p. 9.

refus de contracter est interdit s'il mène à une inefficacité pour la société *ou* s'il est injuste. Ces deux valeurs doivent alors être médiées par des institutions juridiques appliquées de manière rigoureuse par les juges du fond et contrôlées strictement par la Cour de cassation.

D'une part, la valeur d'efficacité est médiée par le droit de la concurrence (entendu au sens strict du droit antitrust) dont l'objectif principal est d'assurer une allocation optimale des ressources. Un refus de vente est interdit s'il ne peut se justifier par des raisons d'efficacité. Dans ce cas, le refus est sans doute bénéfique à l'entreprise qui la commet, mais non à l'intérêt général. Le juge doit faire preuve d'une grande rigueur dans son analyse et se baser sur les enseignements les plus récents de la science économique (principalement les modèles d'économie industrielle). En particulier, le simple fait qu'un concurrent est exclu du marché n'est pas nécessairement contraire à l'efficacité. D'autre part, la valeur d'équité est médiée par le droit des obligations, et principalement les institutions de la faute et de l'abus de droit. Un refus de vente est interdit s'il respecte un des critères de l'abus de droit (et particulièrement celui relatif à la disproportion des intérêts) ou les critères de la faute (l'homme normalement prudent et diligent). Là encore, le juge doit faire preuve de rigueur et démontrer en quoi les circonstances de l'espèce constituent un abus ou une faute civile. Si les deux institutions mènent souvent au même résultat, ce ne sera pas toujours le cas. Par exemple, un comportement efficace peut heurter l'équité. Dans ces hypothèses, le juge doit, via les institutions du droit des obligations, mettre en balance les valeurs d'efficacité et d'équité et faire prévaloir celle qui lui semble la plus raisonnable dans le cas d'espèce¹¹⁴. Ainsi, je ne pense pas que l'adoption de la loi sur la protection de la concurrence et le climat libéral de ces dernières années signifient une primauté absolue de la valeur d'efficacité en droit des contrats. Notre société recherche et promeut la concurrence, mais une concurrence juste, ce qui doit être reflété dans les décisions judiciaires.

Michel Coipel enseignait que l'art du juriste est de concilier des valeurs contradictoires en tenant compte des mœurs et des priorités de la société dans laquelle il vit. Il enseignait également que pour exercer son art, le juriste devait nécessairement se tourner vers les autres sciences sociales pour mieux appréhender les valeurs en présence et leurs conflits éventuels. Les limites à la liberté contractuelle me semblent illustrer le propos. Pour poser ces limites, le juge doit entrer dans un dialogue, constamment renouvelé, avec l'économiste, le sociologue, et pourquoi pas l'historien.

114. Notez que les institutions du droit des obligations ont ainsi une double fonction : d'une part, elles introduisent d'autres valeurs que la seule efficacité dans le traitement juridique des refus de vendre ; d'autre part, elles introduisent une mise en balance entre les diverses valeurs.

